

---

# A crítica à indeterminação da decisão judicial: o diálogo entre Duncan Kennedy e Carl Schmitt<sup>1</sup>

---

ROGERIO DULTRA DOS SANTOS

## Introdução

O contexto intelectual e o tempo histórico são obviamente diversos. A influência convergente das tradições também não pode ser afirmada diretamente. É possível, entretanto, explicitar a relação dialógica entre o argumento crítico relativo ao processo de decisão judicial explicitado pelo movimento jurídico-acadêmico norte-americano denominado *Critical Legal Studies* (doravante CLS) – em especial por um de seus principais colaboradores, Duncan Kennedy –, com a crítica decisionista do direito do jurista

---

1. Este texto foi originalmente produzido como paper da disciplina Teoria Política III, ministrada pelo Prof. José Monroe Eisenberg, no curso de doutorado do IUPERJ – Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, no 1º semestre de 2002.

alemão Carl Schmitt. Tem-se como hipótese de trabalho, portanto, que a presença convergente de alguns elementos discursivos do antiliberalismo de Schmitt, que são explicitamente incorporados por Kennedy, limita o teor e o alcance da crítica às instituições jurídicas proposta pelo CLS, especialmente à idéia de indeterminação da adjudicação (decisão judicial) construída pelo autor norte-americano. Tal convergência aparentemente é capaz de minar a possibilidade da reconstrução social pretendida pelo próprio movimento – especialmente por Roberto Mangabeira Unger –, estimulando uma *praxis* que pode resvalar para a erosão das ações emancipatórias desejadas.

Na verdade, a efetiva assunção de Kennedy da crítica decisionista da indeterminação, por ter um corte antiliberal e pós-moderno, faz com que o autor acabe por adotar uma postura que pode ser classificada como de *Realismo de Guerra*, ou seja, por um posicionamento que identifica a violência como núcleo essencial do político.<sup>2</sup> Esta idéia antiformalista – em parte vinculada ao realismo sociológico –, e que remete a uma nostalgia genérica pela instabilidade política, significa que a crítica de Kennedy, ao expor as contradições e inconsistências da decisão judicial, parece ter como objetivo exclusivo exacerbar e fazer explodir as aporias constitutivas da realização do direito, negando a possibilidade de qualquer modo de controle público da justificação da decisão judicial.

2. Este termo é utilizado por Scheuerman para identificar a diferença sensível entre a percepção das relações internacionais de Hans Morgenthau e de Carl Schmitt. O pensamento realista nas relações internacionais pode ter um caráter pacífico e estabilizador, que percebe a violência e a anarquia como elementos terríveis que não caracterizam necessariamente as relações políticas (Realismo de Paz de Morgenthau). Por outro lado, a consideração de que a relação entre os Estados é uma relação naturalmente conflitiva caracteriza uma visão que recorre à violência para definir a instância do político (Realismo de Guerra de Schmitt) (Cf. SCHEUERMAN, 1999:246-247).

Este controle público é, entretanto, fundamental para a materialização social de comunidades políticas nos moldes atuais, tendo a pretensão de se realizar por ser a decisão judicial uma ação concreta e definida contextualmente, em que o juiz, enquanto ator social, necessita construir, ao menos retoricamente, consensos válidos política e juridicamente. Assim, o processo de justificação jurídica, apesar de suas inconsistências e lacunas, precisa ser um ato controlável por representar a realização de uma função da burocracia judicial do Estado, uma manifestação efetiva e avaliável do poder público. O reconhecimento de seu caráter político só justifica a realização do controle. Até onde e de que forma Kennedy está comprometido com a superação da etapa decisória é o ponto que se objetiva esclarecer com a exposição de seu ataque à atuação judicial.

Visando a elucidar as conseqüências dessas afirmações a partir de uma análise comparativa entre duas tradições aparentemente distintas (Schmitt X Kennedy), demarca-se inicialmente o significado, os fundamentos histórico-teóricos e os objetivos principais do movimento CLS, com uma atenção especial para a crítica ao formalismo e objetivismo jurídicos derivados da tradição realista. Em segundo lugar, define-se o conceito de indeterminação discursiva do processo de adjudicação e a sua caracterização enquanto sistemática ideológico-política de apoderamento e manutenção de relações socioeconômicas, crítica esta efetuada especificamente por Duncan Kennedy. Ao mesmo tempo, e continuando a exposição do pensamento deste autor, explica-se a sua aproximação com o decisionismo de corte schmittiano como uma estratégia consciente de compreensão da dinâmica das instituições judiciais nos EUA, o que implicará na incorporação do antiliberalismo de Schmitt enquanto instrumento de análise. Por último, são apresentadas considerações sobre a problemática aproximação entre a crítica do direito de Kennedy e a recep-

ção do antiliberalismo como crítica específica do direito e como crítica social *lato sensu* ao mesmo tempo.

### 1. Origem e significado do CLS: a crítica às instituições jurídicas liberais e a indeterminação do direito

Com mais de vinte anos de existência,<sup>3</sup> o movimento CLS é constituído por um heterogêneo conjunto de posicionamentos e teorias conflitantes, condensadas na tradição de juristas críticos norte-americanos de esquerda e derivadas em parte do realismo jurídico, da filosofia pragmática, do estruturalismo francês, do marxismo frankfurtiano e da análise interdisciplinar (WOLKMER, 1995:37). Tem a pretensão assumidamente radical de minar as idéias centrais do pensamento jurídico moderno e colocar em seu lugar uma concepção diferenciada de direito (UNGER, 1983:1 / ver abaixo), voltada para a denúncia das “tensões e contradições entre ‘os ideais normativos e a estrutura social’.” (WOLKMER, 1995:38) O movimento originou-se da articulação de professores de direito e de outras áreas das ciências sociais e encontra na própria academia jurídica o local privilegiado de desenvolvimento político das idéias, reflexões e práticas críticas e “alternativas”.<sup>4</sup>

3. O primeiro registro oficial da existência do *Critical Legal Studies Movement* foi a Conferência realizada em Madison, na Universidade de Wisconsin em 1977. Com a participação de cerca de 50 pessoas, entre professores e acadêmicos de direito e ciências sociais, a CLS se transformou em uma organização associativa voltada para o estudo de variados tópicos sobre teoria, prática e ensino do direito. A CLS igualmente estimula a produção científica de seus membros através de “networks”. (Cf. KENNEDY e KLARE, 1984:461-490; PAUL, 2001:701-720).

4. Os expoentes do movimento são Richard Abel, Peter Gabel, Robert Gordon, Thomas Heller, Morton Horwitz, Mark Kelman, Karl Klare, Duncan Kennedy, Martha Minow, David Trubek, Mark Tushnet, William Simon e Roberto

Os membros principais do movimento o descrevem e o identificam de perspectivas diversas, mas parecem concorrer para a construção de um quadro geral que aproxima e preserva a pluralidade de pontos de vista na sua conceituação. Para Duncan Kennedy, o CLS engloba, na realização de suas críticas ao sistema legal de matriz liberal, elementos que o constituem enquanto um “edifício em construção” a partir do qual as diversas formas de expressão da “teoria” se manifestam, tais como o organicismo (Hegel, Ruskin, Parsons), o antinomianismo (Kierkegaard, Nietzsche, Sartre), o estruturalismo (Marx, Freud, Foucault), e a semiótica (Saussure, Lévi-Strauss, Derrida) (KENNEDY, 2001:1147-1189). De acordo com Martha Minow, o movimento pode ser identificado enquanto um corpo relativamente diferenciado de outras análises do sistema legal porque persegue claramente quatro objetivos principais: 1) demonstrar que a interpretação (aplicação) das normas jurídicas pode ser utilizada para alcançar qualquer resultado; 2) detectar, através de análise histórica e socioeconômica, quais grupos sociais têm se beneficiado geralmente com a aplicação do direito; 3) expor a forma através da qual a análise jurídica objetiva legitimar seus resultados; e 4) favorecer visões sociais geralmente marginalizadas a fim de torná-las parte do discurso jurídico (MINOW, 1986:85). Em resumo, o projeto político do CLS

Mangabeira Unger, dentre outros (KENNEDY e KLARE, 1984:464ss). Não há como deixar de apontar a profunda semelhança política, acadêmica e metodológica do CLS com o Movimento do Direito Alternativo do início dos anos 1990 no Brasil, inclusive no que respeita aos debates e disputas internas, à propalada falta de identidade e unicidade do movimento, a vinculação da crítica teórica com o ativismo judicial de esquerda e com a reformulação do ensino jurídico, as faculdades de direito mais destacadas do cenário nacional como palco privilegiado de irradiação das idéias “progressistas” e as críticas gerais ao movimento pela sua falta de substância intelectual, pelo seu ecletismo teórico, messianismo, radicalismo e arrivismo. Ver, nesse sentido, a vasta bibliografia coletada por Wolkmer (1995).

pode ser descrito como uma crítica reconstrutiva gerada internamente ao direito e que objetiva a sua utilização enquanto instrumento emancipatório pelas classes oprimidas.

O CLS se caracterizará, portanto, como um movimento de crítica às concepções dominantes do direito e de sua realização judicial, a maioria vinculada a uma tradição formalista, que considera a adjudicação um procedimento de natureza exclusivamente jurídica e absolutamente coordenado pelas normas gerais e abstratas emanadas do Poder Legislativo. A crítica ao formalismo, uniformemente presente no CLS, é um componente que oferece uma forte pista do desenvolvimento mais remoto da teoria jurídica nos EUA e das origens do movimento CLS em particular.

O antiformalismo é, assim, um traço característico dos filósofos pragmáticos do começo do século XIX, para quem o racionalismo deveria ser substituído pelo empirismo como atitude filosófica fundamental (William James) e a verdade limitada a uma função instrumental ou funcional (John Dewey) (JAMES, 1974:9ss, DEWEY, 1959:154-155). Reproduzidos estes princípios pragmáticos fundamentais para a esfera da aplicação e do estudo do direito, aparece ainda no século XIX o realismo jurídico de Oliver Wendell Holmes, de Karl Llewellyn, do jovem Roscoe Pound, de Wesley Newtcomb Hohfeld, de Artur Cobin e de Walter Wheeler Cook. O realismo jurídico definiu o perfil dos maiores juristas norte-americanos do começo do século XX e a sua dessemelhança com o pragmatismo filosófico anterior se deu através da desvinculação com o nominalismo (que, juntamente com o utilitarismo e o positivismo, eram os três genes do instrumentalismo pragmático) (JAMES, 1974:12-13, RODRIGUES, 1956:I a XXXIII). Os juristas realistas das décadas 1920 e 1930 repudiavam como crença ilusória a idéia de que conceitos e regras gerais provêm significação lógica e confiável para decisões jurídicas, reivindicando para a fun-

ção judicial um papel mais ativo na definição dos conflitos levados ao judiciário.

O fato de que a tradição da filosofia e da sociologia jurídica norte-americana se reportava diretamente ao antiformalismo empiricista do pragmatismo filosófico não eliminou a presença de observações ainda vinculadas ao normativismo. Nesse sentido, pode-se sustentar que dois dos maiores juristas do começo do século XX, em alguns de seus trabalhos, davam relativa importância para as idéias de categorização e generalização no direito (este é o caso de Holmes e Llewellyn). Como os pragmáticos, esses autores compreendiam, por outro lado, que as categorias e generalizações não tinham sentido algum fora das práticas e atividades jurídicas, ou seja, fora da experiência empírica (WINTER, 2001:748-749). Para Llewellyn, por exemplo, apesar das decisões judiciais demandarem a utilização de valores não racionalmente sopesados ou reconhecidos conscientemente, a indeterminação radical das regras jurídicas ainda não era a idéia nuclear acerca da decisão em si, que poderia ainda ser compreendida no seu sentido legal através de sua aproximação com a experiência (WINTER, 2001:749, WHITE, 1986:822). Apesar de não serem tão céticos em relação à natureza da decisão judicial como se tornaria depois o CLS, os realistas viam o fenômeno judicial através de um viés nitidamente político, o que fez a historiografia dos movimentos judiciais-legais dos EUA os identificar como predecessores do CLS (WINTER, 2001:749).

Essa primeira aproximação ao realismo como movimento que deu origem ao CLS sofreu, entretanto, alguns reparos significativos. Para G. Edward White, no seu *Do Realismo ao Critical Legal Studies: uma história intelectual truncada* (1986), portanto, esse vínculo ancestral entre realismo e CLS é menos direto e mais difuso, caracterizando-se enquanto uma tentativa do CLS de legitimação histórica de seu próprio movimento, muito menos influente, abrangente e respeitado,

se comparado com o primeiro. Outros movimentos jurídico-políticos, e que vieram logo após o realismo, como o *Law, Science and Policy* e o *Process Jurisprudence*, estabeleceram-se igualmente enquanto deconstrutores das opiniões judiciais e propositores de pesquisas empíricas, ou seja, enquanto críticos das instituições legais e teóricos do direito que propunham novos modelos de sistema judicial. O primeiro apontou para a necessidade de resultados mais progressistas e democráticos das decisões e o segundo, para a realização de políticas garantísticas e responsivas através de um sistema institucionalmente mais esclarecido (WHITE, 1986:825-830).

Mas o elo perdido entre o realismo jurídico e o CLS e que identifica definitivamente a origem do movimento ora em estudo foi, segundo White, a criação, em 1964, da *Law and Society Association*, originando um movimento inicialmente restrito à pretensão acadêmica de estimular um diálogo interdisciplinar e posteriormente orientado para a investigação das distorções existentes entre o direito escrito e o direito em ação e para a elucidação dos efeitos disfuncionais das regras jurídicas e das políticas legislativas (WHITE, 1986:830). Assim, o movimento da *Law and Society* sugeria que o direito não era neutro e que não era possível a superação desse obstáculo, o que representa, em verdade, uma volta às raízes do realismo. A relação seminal com o CLS acontecerá, então, quando David Trubek aproveita a ênfase empírica dos movimentos anteriores e propõe: 1) ser impossível separar ideologia de metodologia de pesquisa, não sendo possível querer fazer reforma política através de metodologia neutra, e 2) equacionar o empiricismo "objetivista" daquelas escolas, que tendia a legitimar os fatos pesquisados enquanto inevitáveis, ou seja, como parte ineliminável da cultura jurídica norte-americana (WHITE, 1986:834). É esta diferença fundamental, i. e., a eliminação do posi-

vismo da postura empírica e reformista, que marca o CLS enquanto movimento que deriva diretamente da *Law and Society Association* e não do realismo jurídico anterior (WHITE, 1986:835).

Esclarecida a origem do movimento jurídico-crítico, base do pensamento de Duncan Kennedy e *locus* a partir de onde o mesmo irá compor as suas análises do sistema judicial, pode-se recorrer ao pensamento de Mangabeira Unger para se produzir um desenvolvimento inicial das idéias básicas e atuais do CLS e para se conhecer a posição de um dos opositores internos de Kennedy, objeto específico desse texto.

Unger, apesar de desenvolver nos seus estudos um processo de crítica mais geral da instância jurídica, com um viés construtivo, otimista e racional, se aproxima de Kennedy, no seu *The Critical Legal Studies Movement* (1983), quando sustenta que o CLS é primeiramente contrário ao formalismo como crença na possibilidade de se construir um método racional, impessoal e apolítico de análise e justificação legal que se opõe às disputas ideológicas e filosóficas intermináveis sobre os termos básicos da vida social; e ao objetivismo enquanto crença que a matéria legal engloba e sustenta o projeto defensável de associação humana, realizando-se enquanto ordem moral através de sua força normativa (UNGER, 1983:1-2). Se o formalismo é uma impossibilidade pelo fato de suas implicações não serem assumidas pela maioria dos entendimentos doutrinários, o objetivismo esbarra na supressão do reconhecimento de grupos de interesses, geralmente em conflito, responsáveis por pressões políticas concretas que conformam a própria legislação.

Desta forma, o criticismo inicial de uma parte importante do movimento CLS, do qual Unger é intelectual destacado, irá radicar especificamente num ataque teórico à estrutura das instituições liberais que lograram desenvolvimento a partir do século XIX, especialmente pelo fato

de reproduzirem um retrato ilusório e idealista da sociedade (UNGER, 1983:41 e 49). Esta realidade se torna mais forte especialmente a partir do momento em que a própria teoria social moderna, núcleo daquelas instituições, se perdeu enquanto filosofia da história, ou seja, enquanto tentativa de substituir a escatologia cristã – abandonada pela racionalidade instrumental – por leis históricas universais (CUI, 2001:12). O direito se torna o objeto específico de análise pelo fato de almejar e, ao mesmo tempo, de se mostrar incapaz de apresentar uma versão única e inequívoca de democracia e de mercado capazes de trazer estabilidade às relações sociais e de justificar a atuação do próprio Estado de forma específica, determinada e coerente.

Para Unger, isto significa dizer que a teoria jurídica geral que deveria justificar o sentido e a aplicabilidade das regras legais fundamenta-se em um modelo racional-legal, cuja natureza moral imanente estimula a sua própria sacralização. Esta *sacralização*, diz Unger, “toma a forma de um tratamento da ordem legal enquanto repositório de objetivos, políticas e princípios inteligíveis, em abrupto contraste com a visão normal e desencantada da política legislativa” (UNGER, 1983:9). A necessidade prática e/ou moral, intrinsecamente incoerente, de realizar a programação normativa da sociedade através das teorias jurídicas formalistas e objetivistas, incapazes de diferenciar certezas sobre a realidade social da experiência ordinária da própria vida social, aparece como uma derivação típica do projeto iluminista, especialmente naquelas que advogam a compreensão estrutural das instituições sociais e governamentais a partir de mecanismos conceituais derivados da idéia de direitos e princípios legais. Assim, mesmo que uma sociedade esteja inequivocamente vinculada a pressupostos “democráticos” e ao capitalismo, ainda pode necessitar enfrentar muitas questões não respondidas que respeitam ao que a vida social deva ser. O

direito passa a significar, então, um espaço estratégico de luta no sentido de poder demarcar as possibilidades de reconstrução política da sociedade (UNGER, 1983), numa perspectiva da teoria social antinaturalista que se denomina supraliberalismo, ou seja, “a realização das aspirações liberais pela mudança das formas institucionais liberais” (CUI, 2001:20).

As teorias do contrato tornam-se, assim, o núcleo da análise de Unger – e ele é um dos poucos a tecerem críticas detalhadas e filosóficas gerais ao liberalismo – por serem o fundamento geral das teorias do direito privado (civil, comercial, laboral e internacional), do direito público a partir do século XIX e, em especial, dos modelos de constitucionalismo do século XX, que têm como característica universal a a-historicidade ou a “forma canônica” da vida social e da personalidade individual, definidos pelo paradoxo político moderno por excelência: ou o homem moderno resigna-se a algum modelo estabelecido de ordem social ou enfrenta a guerra de todos contra todos (UNGER, 1983:12-15. 58ss. 99ss).<sup>5</sup> A teoria do direito criticada por Unger fundamenta-se em critérios aparentemente objetivos e impessoais, que objetivam transformar o direito em um instrumento neutro e autônomo, capaz de “acomodar” e realizar interesses individuais (UNGER, 1979:139). O problema está no fato de que esta “acomodação” de finalidades individuais gera conflitos à lógica de resolução de litígios, fazendo com que os instrumentais de pacificação só possam funcionar quando abandonam a premissa inicial (que é a tomada de uma decisão que resolva o conflito) e adotam o consenso enquanto meio de “harmonização” dos cálculos de custo e benefício (UNGER, 1979:139-140).

5. A separação entre política e jurisdição, elemento nuclear da análise de Duncan Kennedy abaixo, já era apontada por Mangabeira Unger como derivada da ordem jurídica liberal (Cf. UNGER, 1979:64 e 76ss).

Como síntese da tradição de estudos críticos exposta até aqui, todos necessários para compreender a complexidade do argumento exposto na segunda parte deste trabalho, pode-se dizer que a insustentabilidade da generalização formal, apolítica e abstrata dos elementos que compõem as instituições jurídico-políticas irá marcar a desconfiança seminal do CLS – característica do pragmatismo político – nos instrumentos metafísicos de justificação ética caros ao moralismo liberal. Indicará também, um movimento definitivo de fuga das denominadas “grandes teorias” sociais e jurídicas e de adoção do que chamam de “teoria local” (deconstrução). Para Juan A. Pérez Lledó, a busca de explicações “científicas” globais do mundo social, baseadas em poderosas estruturas que se sucedem segundo tendências determinantes, trai para eles [o CLS] a idéia da complexidade e da contingência social e congela a possibilidade de imaginar ordens alternativas; seu ecletismo teórico renuncia, assim, a compatibilizar bagagem tão rica construindo uma teoria síntese coerente e opta, ao contrário, por uma espécie de bricolagem intelectual adaptando os mais diversos elementos para seu uso em práticas teóricas em pequena escala (LLEDÓ, 1995:138).

O CLS pode ser identificado, desta forma, como um movimento político-acadêmico de caráter teórico que objetiva a eliminação das distinções entre teoria e prática e entre conhecimento e política caros à tradição jurídica positivista, atuando através de uma crítica ideológica fundada em uma epistemologia antipositivista e marxista. Esta *praxis* teórica aponta para o exame do direito enquanto instrumento de produção, conformação e reprodução de uma representação da realidade que mascara as possibilidades de transformação social realizáveis através das próprias instituições jurídicas, que são alijadas desta possibilidade pelo processo de alienação e de separação da política efetuados pela tentativa históri-

ca-contingente de autonomização do direito, identificada aqui pelas limitações institucionais do credo jurídico-liberal (LLEDÓ, 1995:139), e dos processos de hierarquização social decorrentes. Nesse roteiro de superação das limitações contextuais da organização social moderna, por outro lado, uma parte considerável do movimento anota a relevância do próprio Poder Judiciário enquanto espaço de revisão dos resultados da legislação e de transformação das estruturas de poder da sociedade.<sup>6</sup>

Determinado o espaço onde se situa o discurso do CLS em geral, torna-se possível analisar o discurso de Kennedy em particular.<sup>7</sup> Assim, pode-se perceber preliminarmente que a crítica ao processo de decisão judicial – onipresente em todo o CLS – se constituirá como núcleo da obra de Kennedy. Surgirá em suas análises como crítica das hierarquias conceituais de corte moderno, já que explicita no discurso sobre os direitos e nas diferenciações categoriais como a que hierarquiza a relação sujeito/objeto. Como uma boa parte do CLS, Kennedy também objetiva demonstrar a contingência e parcialidade de qualquer ordem hierárquica através da inversão das hierarquias postas pelo discurso e instituições jurídicas. Desta forma, em vez de analisar os elementos objetivos que comporiam tradicionalmente e/ou poderiam continuar fazendo parte das estruturas legais (construtivismo vinculado à visão de Unger), a próxima parte deste trabalho tentará mostrar como Kennedy explora es-

6. Isto ocorre desde a afirmação do Poder Judiciário e do próprio litígio judicial enquanto processo social, exemplificado por integrantes dos CLS desde o combate histórico dos advogados negros à segregação escolar nos EUA até as alternativas hermenêuticas proporcionadas ao juiz de direito pelo denominado julgamento contextual (Cf. TUSHNET, 1987, SIMON, 2001, UNGER, 1983).

7. Mangabeira Unger é, inclusive, visto como um comunitarista que, apesar de sua influência fundamental na origem e na vinculação do CLS às críticas ao liberalismo e à proposição genérica a um ideal de emancipação humana, não integra o movimento do CLS em um senso estrito (Cf. LLEDÓ, 1995:144, nota 7).

pecialmente os elementos subjetivos ocultos e determinantes na prática judicial, que reputa distintos da aplicação racional-dedutiva das normas e indicadores da inexistência de neutralidade e racionalidade do direito (RODRÍGUEZ, 1999:52-53). E é especialmente no que respeita à análise do processo de decisão judicial efetuado por Duncan Kennedy que o próximo capítulo objetiva refletir.

## 2. A indeterminação do CLS e a recepção do decisionismo de Schmitt: a crítica anti-liberal de Duncan Kennedy à prática judicial

Com a apresentação desses apontamentos genéricos, torna-se possível identificar qual é o ponto seminal de ataque ao direito – ou qual o conceito interno fundamental para a realização da crítica pretendida pelo movimento e por Kennedy às instituições –, e que pode ser explorado enquanto objeto de análise a partir de uma perspectiva teórica persuasiva, i. e., a partir da produção de um argumento que coloque em discussão os pressupostos de validade que sustentam a prática de um movimento político específico (o CLS), e do discurso de um autor em particular (Kennedy). É exatamente contra a visão racional do processo de reforma das instituições que Duncan Kennedy irá se insurgir, no seu *Uma crítica da adjudicação* (1997), radicalizando a crítica ao direito do CLS a partir de uma perspectiva vinculada ao pós-modernismo deconstrutivo de Jacques Derrida, presente na sua conferência *Força de Lei – o “fundamento místico da autoridade”* (1989).

No texto que inspira toda a discussão de Kennedy, Derrida argumenta que a deconstrução, enquanto processo de reformulação e avaliação da prática do direito, é a própria realização da justiça (DERRIDA, 1997:35-36), já que a decisão

de um juiz, para ser justa, necessita realizar uma interpretação reinstauradora, como se a lei não existisse anteriormente a este ato “inaugural”, que traz o “frescor” da criação e da criatividade na reinvenção, re-justificação e reafirmação da regra abstrata (DERRIDA, 1997:52-53). Apesar da indeterminação da norma ser aqui um elemento ainda secundário, Kennedy irá se destacar da tradição relativamente moderada do CLS como um todo – moderação relativa a esta comparação específica – em sua aproximação de Derrida, quando este último afirma a imprescindibilidade da decisão para a realização da justiça e o caráter de necessária insegurança e incalculabilidade da própria decisão (DERRIDA, 1997:55-57). A inversão do processo decisório, realizada pela análise de Derrida, é um dos pontos de partida para Kennedy iniciar a sua análise da dinâmica de reforma institucional, aprofundando o projeto do CLS em uma direção em que a crítica ao formalismo adquire proporções inusitadas. Nesse sentido, dentre as matrizes teóricas reconhecidas pelos próprios integrantes como essenciais à formação do CLS, se destaca para Duncan Kennedy, no seu texto *Uma semiótica da crítica* (2001) – e ao lado da perspectiva crítica de Derrida, pontuada acima – o “antinomianismo”.

Segundo Kennedy, o antinomianismo significa que a tomada de decisão de atores morais e políticos não se justifica pelos princípios que aparentemente orientam aquelas escolhas, “porque está ‘na natureza’ dos princípios que os mesmos se contradigam ou ‘fujam’ exatamente quando mais precisamos (e queremos) que nos digam o que fazer,” (KENNEDY, 2001:1158) porque os mesmos são, nesse sentido, antinômicos. Assim, o “antinomianismo” diz respeito às formas concretas da tomada de decisão. Esta “fenomenologia” da tomada de decisão necessita da inspiração ou da intuição para se efetivar. O antinomianismo repousa, então, no fato de se poder compreender que as decisões de atores

sociais não são justificadas pela aplicação de princípios que governariam as condutas mas sim que esta estratégia comportamental é arbitrária e indeterminada (KENNEDY, 2001:1158). Assim, é da decisão propriamente jurídica que tratam as análises de Kennedy em especial.

Para Kennedy, “o processo discursivo através do qual as regras são feitas, aqui denominado de adjudicação recursal, tem conteúdo e significação ideológicos” (KENNEDY, 1997:23). Os efeitos da negação dos operadores jurídicos em reconhecer o caráter ideológico (e político) do direito são a redução do poder das maiorias legislativas ideologicamente organizadas, o incremento do poder de frações das *intelligentsias* jurídicas e a legitimação do *status quo* pelo reforço de sua aparência de naturalidade, necessidade e relativa justiça (KENNEDY, 1997: capítulos 9, 10 e 11, p. 215ss). Desse modo, a crítica ao liberalismo jurídico dominante deve ocorrer, segundo o autor, tanto pelo fato da visão liberal sobre a criação e a aplicação de regras não corresponder mais à realidade institucional norte-americana contemporânea, quanto pelo fato desta visão fundamentar uma perspectiva que elimina o caráter essencialmente político da atividade jurídica (da atividade judicial, em particular). A questão preliminar é dupla: demonstrar que a separação entre produção e aplicação normativa é falsa e vinculada ao credo liberal e provar que os juízes, mesmo decidindo questões de caráter judicial nos chamados “casos difíceis” estão produzindo direito, deixando, nesse processo, de ser neutros e objetivos na definição de suas decisões.<sup>8</sup> Assim, o processo de adjudicação –a atuação

8. Diz Kennedy: “Entendo por ‘Liberalismo’ a crença nos direitos individuais, na regra da maioria, e na regra do direito. Teorias liberais sobre a regra do direito requerem separação de poderes, o que significa a proteção de direitos individuais num regime de regra da maioria. A separação entre instituições legislativas e judiciais corresponde exatamente à distinção entre legislação e adjudicação enquanto métodos de decisão. Legisladores devem legislar e somente legislar; cortes devem

do poder judiciário na busca de resolução de conflitos – nos EUA significa e pode ser compreendido, segundo Kennedy, como um espaço onde “interesses” são distribuídos “ideologicamente”, ou seja, o autor afirma que as decisões judiciais sobre conflitos de interesses derivam de um trabalho muito pouco jurídico e muito mais político. Este fato, ao ser persistentemente negado pelo *establishment* legal e político, traz conseqüências decisivas à conformação do sistema político.

A crítica ao direito na obra de Kennedy é, em momentos específicos, muito próxima daquela de Unger, exposta acima – porque estruturada enquanto crítica da visão liberal das instituições jurídicas –, embora Kennedy não pretenda se valer de um supra-liberalismo, essencialmente racionalista e positivo, enquanto norte de sua crítica social.<sup>9</sup> Segundo o autor, a sua própria análise radica filosoficamente na confluência da pós-modernidade e do modernismo (impulso irracionalista e esteticista de demolição dos fundamentos do *status quo*) e, politicamente, enquanto proposta de esquerda (revolução hierárquica e busca de maior igualdade e participação) (KENNEDY, 1997:6 e 340-342). Portanto, o objetivo da investigação que identifica os mecanismos através dos quais a ideologia particular de cada ator judicial influencia as decisões é o de estabelecer uma crítica que deslegitima o direito

adjudicar e somente adjudicar, mesmo que, de fato, possam violar essas limitações normativas. // Nesta visão normativa, o processo de produção legal requer julgamento de valores, que são inescapavelmente subjetivos, e portanto políticos. (...) Contrariamente, legisladores não devem julgar. Adjudicação (aplicação da lei) determina os direitos de partes em disputas. Liberais, tanto das escolas positivistas quanto das do direito natural, concordam que a regra do direito significa que as partes têm o direito de determinação de seus direitos, da forma em que estiverem estabelecidos, através de um processo que não está corrompido pelas preferências políticas subjetivas da maioria.(...) Adjudicação, nessa visão tradicional, não pode ser política, porque envolve questões de significado e questões de fato que são independentes de julgamentos de valor (objetivas).” (KENNEDY, 1997:27)

9. Kennedy chama a percepção “pós-liberal” de Unger de *Pink Theory* (Teoria Cor-de-rosa) (Cf. KENNEDY, 1997:280-294).

tradicional, ao mostrar que este não é natural e que não é um *background* institucional apolítico no qual as práticas seriam governadas por requerimentos técnicos, mas sim uma parte do sistema político que resolve questões relativas a conflitos de grupos ideologizados, assim como a própria instância legislativa (KENNEDY, 1997:248). Desta forma, a crítica jurídica interna proposta pelo autor possibilita “*deslegitimar a ordem existente em termos de sua própria teoria de base, e isto pode sugerir modos nos quais a instituição da adjudicação representa um papel estabilizador em nosso tipo particular de capitalismo*” (KENNEDY, 1997:294).<sup>10</sup>

Kennedy irá definir sua análise – pela leitura pessoal de Derrida que realiza, dentre outras influências – a partir de um ponto de vista claramente pessimista, apontando a necessária perda de fé na regra do direito e na própria racionalidade argumentativa característica desse discurso, no momento em que se compreende a sua estruturação enquanto instrumento político facilitador de jogos de interesses escusos e velados, responsáveis por aquele papel de estabilização. A natureza indeterminada (e

10. A questão da estabilização é melhor explicada por Unger, para quem o problema do sistema estabelecido do direito é o de que a existência de direitos unitários, absolutos e consolidados de propriedade gera uma resistência à possibilidade de descentralização e inovação econômica permanente. Com isso, se produz um conflito constante entre prática da democracia e organização da economia que gera a necessidade artificial de um padrão específico de organização social que responde pela manutenção das hierarquias e privilégios de todo tipo. Assim, esse processo de estabilização gerado pelas instituições jurídicas é um processo de estabilização de um determinado padrão social que reproduz a desigualdade de oportunidades e que demanda um sistema de direitos reconstruído. Nesse sentido, “os instrumentos legais para garantir o acesso a parcelas divisíveis do capital social deveriam contribuir para a construção da ordem econômica descentralizada.” E é no sentido de proteger o interesse do cidadão em quebrar os monopólios sociais de reprodução da opressão que Unger propõe a criação de direitos de desestabilização, que objetivam assegurar a constante crítica e revisão das instituições e práticas sociais no intuito de eliminar o “privilégio fraccionário” atualmente estimulado pelas instituições jurídicas e pelo sistema de direitos tradicionais (Cf. UNGER, 1983:43ss, UNGER, 2001:357ss).

nem sempre legitimadora) dos direitos, que são geralmente neutralizados nas suas possibilidades emancipatórias por elementos externos ao discurso jurídico capaz de implementá-los, não permite uma previsão razoável dos resultados derivados de sua aplicação, tornando-se esse discurso claramente arbitrário. Ao adotar essa posição, Kennedy explicita o seu ceticismo ante o argumento judicial através do qual é possível reivindicar direitos:

*“Perder sua fé na razão judicial significa experienciar o argumento legal como “mera retórica” (que não é nem “errada” nem “sem sentido”). A experiência da possibilidade de manipulação (manipulability) é perversiva, e parece óbvio que o que quer que resulte da decisão, não é a correta aplicação do raciocínio legal sob um dever de fidelidade interpretativa às matérias. Isto não significa que o arrazoamento legal não produza clausura. Pode acontecer. Mas quando ocorre, esta experiência não determina, para uma pessoa que perdeu sua fé, que a clausura estava fundada em algo “exterior” ao qual a razão correspondia.”* (KENNEDY, 1997:311-312)

Note-se aqui a diferença entre o argumento crítico de Kennedy em relação à análise do CLS. De um lado, tem-se como característica geral de ambas as críticas que o ataque às contradições do modelo formalista de direito (UNGER, 1979:214ss), aponta para a indeterminação da própria linguagem do direito e para a discricionariedade do intérprete judicial. Na verdade, o problema do direito é, para muitos autores vinculados ao CLS, muito mais o da (in)definição de sua substância que o da incapacidade de restringir essa indeterminação através de seus mecanismos formais, o primeiro definindo e se sobrepondo ao segundo. Nesse sentido, a tentativa de solucionar tal impasse proposta, por exemplo, por Dworkin – a jurisprudência de princípios, fundada na ponderação entre princípios e na construção de uma teoria integradora coerente – carece de ob-

jetividade por prometer o impossível, segundo o movimento: enfrentar a dimensão político-moral do direito de forma racional, e, portanto, está afastada a priori enquanto saída possível (LLEDÓ, 1995:141). Pode-se dizer, então, que uma parte dos teóricos do CLS tem como argumento central o fato de que “a indeterminação fundamental do direito expõe a natureza arbitrária da adjudicação legal e promove a oportunidade para estratégias mais libertárias para o direito e para a justiça social” (McCORMICK, 2000:1693-1722). Em resumo, se trata, ao menos segundo a perspectiva delineada pelos textos de Mangabeira Unger, de uma crítica interna da razão jurídica e das contradições que podem ser identificadas nas próprias disciplinas e instituições vinculadas ao Estado de direito (LLEDÓ, 1995:140).

Por outro lado, a interpretação de Kennedy destoa do CLS em geral, pois a sua aproximação a uma crítica decisionista, explicitada pela aprovação do “antinomianismo racional”, renega o caráter de crítica “interna”, num processo de radicalização do argumento do movimento. Para Kennedy, o decisionismo, enquanto antinomianismo racional, inicia o seu trajeto conceitual na idéia de desencantamento, derivada da generalização do processo de racionalização do mundo identificado por Max Weber.<sup>11</sup> O desenrolar histórico que desemboca na incapacitação dos atores políticos em preencher e resolver as lacunas e contradições éticas através da inspiração transcendental gera uma espécie de deslocamento de poder dos atores individuais para as práticas burocráticas e tecnocráticas impessoais. Tal fenômeno, característico da modernidade, importa, para Kennedy, na medida em que a sociologia de

11. Nesse sentido, a passagem do antinomianismo (i. é, a interpretação da tomada de decisão por atores políticos) para o decisionismo é a passagem de um modelo de justificação transcendental da decisão (judaico-cristão ou nietzscheano) para uma análise interna da própria decisão enquanto ato político propriamente dito, que só ocorre a partir de Weber (Cf. KENNEDY, 2001:1161).

Weber permite seu estudo, o que representa, de fato, o estudo do próprio decisionismo (KENNEDY, 2001:1161-1162).

O decisionismo pós-nietzscheano significa que se acredita que as pessoas “somente decidem”, i. e., que não se pode dar uma explicação racional ou inspiracional a alguma escolha que é convincente para nós mesmos ou para outrem. Dizer que alguém é um decisionista é dizer que ele acredita que, em certos domínios de escolhas, são elas “inexplicáveis” nos termos de qualquer conjunto de critérios (KENNEDY, 2001:1162).

O decisionismo é, assim, redefinido como sendo a consciência da impossibilidade de determinar o fundamento da escolha. É, ao mesmo tempo, o instrumento de desvelamento das convenções que estabilizam o direito de forma artificial e o instrumento que possibilita a análise crítica de discursos específicos de justificação que supostamente seriam os responsáveis pelo direcionamento da decisão. Não sendo mais possível considerar, como faz o CLS, que a adjudicação constitui-se necessariamente de uma estrutura passível de controle e direção para objetivos emancipatórios, mas sim, de elementos irracionais ocultos e mesmo não identificáveis através da análise racional, chega-se forçadamente à conclusão que as eventuais limitações formais à decisão, se pudessem existir de fato, não dariam conta de controlar a indeterminação constitutiva do próprio processo decisório. O decisionismo revela, desta forma, a natureza inócua da política jurídica institucional de pretensões reformistas, eliminando definitivamente a instância judicial como local de resolução de conflitos. Nesse sentido, Kennedy identifica a própria política enquanto projeto ideológico que objetiva a resolução vitoriosa da relação de grupos de interesse em conflito através da universalização dos interesses que defendem privadamente e por isso a decisão judicial é indeterminável a priori (KENNEDY, 1997:39-42) e, por ter natureza estritamente política, funda uma hierarquia institucional que legitima discursivamente a opressão.

A política, ao se realizar através da instituição estatal, passa a se justificar funcionalmente como uma decisão que põe fim a um conflito que demanda o arbítrio judicial. Porém essa decisão judicial depende, de fato, exclusivamente de que tem o poder político de decidir e de impor seus objetivos sobre a questão. Característica essencial dessa estrutura conceitual é que, no caso do juiz de Kennedy, a decisão se realiza sempre, não sendo a situação de exceção um fator fundamental de identidade entre o decisionismo político e o judicial (KENNEDY, 2001:1168). De qualquer sorte, Kennedy sustenta que o juiz passa a ser identificado com “uma espécie de ditador” (já que se está falando do Poder Judiciário enquanto poder político burocraticamente definido) que tem a exclusiva capacidade de “somente decidir”, utilizando-se para isto de um “discurso justificatório maleável projetado mais para camuflar seu poder do que para publicizá-lo” (KENNEDY, 2001:1168).

Essa vinculação com o decisionismo, crítico do direito liberal, tem um paralelo óbvio com a tese nuclear da teoria política do jurista alemão Carl Schmitt no seu *O conceito do político* (1932), em que o Estado, enquanto conceito, só pode ser definido quando pressupõe a instância do político, ou seja, o Estado é uma situação ou estado (*Zustand*) que fornece a medida em caso de decisão (SCHMITT, 1997:43ss), portanto é algo (instituição, organismo, máquina ou pessoa) que compõe e se submete enquanto parte à política, mas com ela não se confunde. Dizer que o Estado é uma parte da política significa afirmar, em primeiro lugar, que a dimensão do político transcende o Estado, regulando mesmo a sua existência e o seu funcionamento e, em segundo lugar, significa sustentar uma crítica ao discurso liberal do século XIX que vê no Estado o começo e o fim da política (SCHMITT, 1997:44-47). Identificar o espaço do político, determinando seu âmbito e especificidade depende, para Schmitt, do estabelecimento de conceitos que diferenciem seu domínio do da moral, da estética e da economia. Com efeito, o

político é definido como a situação empírica limite em que forças sociais em oposição precisam por fim ao conflito que as atingem, sendo elas, ao mesmo tempo, discriminadas a partir da distinção amigo/inimigo (SCHMITT, 1997:51ss).

O que importa salientar nessa definição “bélica” da política (descrita na introdução como *Realismo de Guerra*) é que o ataque ao liberalismo se dá pelo viés da crítica ao formalismo normativo atribuído ao racionalismo liberal (SCHMITT, 1997:54).<sup>12</sup> Essa visão sociológica da política enquanto fenômeno definível através da verificação empírica de uma situação de impasse, aproxima-se da definição adotada posteriormente por Kennedy na medida em que o conflito só pode ser eliminado simbolicamente pela aniquilação do discurso oposto, i. e., pela ação hierarquicamente superior e judicialmente decisiva que propicia a vitória de uma determi-

12. Isto vai se refletir no ataque de Schmitt ao Parlamentarismo, ao Constitucionalismo, à divisão entre Estado e sociedade civil, ao direito internacional, ao liberalismo enquanto filosofia da história que nega a historicidade da política e se recusa a decidir sobre o humano (Cf. SCHEUERMAN, 1999). As diferenças entre o formalismo, o liberalismo, o realismo jurídico e o decisionismo de Kennedy e de Schmitt, no que diz respeito ao grau de determinação das regras jurídicas prescritivas, podem ser assim sumariadas (seguindo a classificação de Scheuerman): 1) o antigo formalismo liberal considera a exegese vinculada à “vontade do legislador” a única possibilidade de aplicação correta do direito, estabelecendo a tese da determinação estrita das normas jurídicas (Montesquieu); 2) o liberalismo jurídico positivista declara uma esfera limitada de discricionariedade da decisão judicial, na tese da indeterminação limitada das normas (Hart e Kelsen); 3) o realismo e o liberalismo jurídicos contemporâneos, reconhecendo que a lei somente serve de guia mínimo para sua interpretação e aplicação – atividades que são naturalmente muito mais abertas por vincularem-se a casos concretos –, endossam a tese da sobredeterminação das normas, indicando a regularidade da decisão judicial tanto na sobreposição das regras do mercado econômico livre (Posner), quanto na limitação realizada por ideais liberais de equidade e justiça (Dworkin); finalmente, 4) o decisionismo de Kennedy advoga que a regra do direito é um mito enquanto princípio regulativo da decisão – denunciando, assim, a ubiqüidade do poder discricionário na democracia liberal contemporânea –, e abraça a tese da indeterminação radical da decisão, cujas conseqüências (a necessidade de implodir as instituições liberais e desmascarar a hipocrisia do discurso formal-legal) são comungadas por Schmitt (Cf. SCHEUERMAN, 1999:8ss).

nada verdade sobre os rumos do “combate”. A questão é que essa decisão resolutive é necessária e profundamente antidemocrática, pois negar o direito da existência do outro é o que permite a sobrevivência do detentor do poder decisório.

Para Schmitt, na *Teologia política I – quatro ensaios sobre soberania* (1922), a decisão define a soberania dos poderes em conflito no espaço político. Soberania é um conceito limite e soberano, portanto, é aquele que decide sobre o estado de exceção (SCHMITT, 2001:23): a soberania é também um *status* essencialmente político que tem a qualidade especial de atribuir diferenciação entre vencidos e vencedores. Os próprios elementos que compõem e fundamentam a decisão são indeterminados, já que, por ela acontecer em um momento excepcional, “tanto as condições como o conteúdo da competência são necessariamente ilimitados” (SCHMITT, 2001:24). Em um escrito posterior, chamado *Sobre os três modos de pensar a ciência jurídica* (1934), Schmitt lembra que a decisão sobre o político é, de fato, o último fundamento da existência do direito e é propriamente um ato de vontade que se encontra acima e fora do ordenamento jurídico: “a fonte de todo ‘direito’, ou seja, de toda norma e ordenamento que dele derivem, não é o mandato enquanto tal e sim a autoridade e soberania de uma última decisão que vêm dada com o mandato” (SCHMITT, 1996:26-27). Para Kennedy, da mesma forma, a decisão judicial, por derivar de interesses fincados na ideologia, privilegia necessariamente os detentores do *status quo* e o juiz nunca assume o fato de que seus critérios são ideológicos.<sup>13</sup> A força simbólica da autoridade judicial provoca o “efeito de conversão” que significa a legitimação pública de uma decisão que, no fundo, é indetermina-

13. Para Kennedy esse gesto simboliza o respeito a convenções não escritas que dirigem a prática tradicional da judicatura, só demonstráveis através da crítica alternativa de natureza interpretativa (Cf. KENNEDY, 1997:55).

da, tem caráter ideológico e não é, portanto, jurídico-racional (KENNEDY, 1997:63).

Note-se, assim, que o conceito do político de Schmitt é a fonte de inspiração para o conceito de indeterminação da decisão de Kennedy, já que a interpretação jurídica, para o decisionismo, é soberana, e seu método não é definido pelo silogismo lógico, mas por critérios estranhos ao direito – embora, para Schmitt, o método reste ancorado no campo jurídico (MURA, 1988:20) e, para Kennedy, seja este o único lugar onde não se encontra. A questão da indeterminação da decisão pode, então, ser esclarecida a partir de um viés político. Kennedy, que se reconhece como um decisionista, sustenta que o problema de Schmitt (“ao lado do mesmo ser um fascista”) é o fato de ser organicista, i. e., por acreditar que entre as possibilidades de dar fim ao conflito está a recorrência à crença da homogeneidade nacional (eliminação dos judeus) ou à capacidade pessoal e psicológica do líder político. O decisionismo, segundo o autor, é um elemento muito menos negativo, nesse sentido, por não implicar, necessariamente, esses elementos (KENNEDY, 2001:1166). O problema está no fato de que a própria crítica de Kennedy, ao mesmo tempo em que reconhece no organicismo liberal a constituição de uma clausura racional universalista na ética e na teoria social (como pretensão de cientificidade), aponta o decisionismo enquanto possibilidade de desvelamento do discurso organicista (KENNEDY, 2001:1183ss). A interpretação da decisão, em Kennedy, justifica a afirmação de que o direito e a decisão judicial se tornam uma extensão da política: daí a necessidade do movimento ideológico de judicialização da política, ou de judicialização dos temas políticos mais sensíveis referentes a grupos e práticas sociais; ao desenho do mercado, das burocracias e da família; à eleição do tratamento ou da repressão como modelo para o exercício do poder sancionador do Estado; e, finalmente, aos procedimentos de tomada de decisão (KENNEDY, 1997:43-46).

Ocorre que Kennedy, ao estimular que a “luta” ideológica contra a opressão se realize dentro do Judiciário, reconhece o campo do discurso judicial como um local efetivamente privilegiado para a realização de “transformações”, esquecendo o caráter essencialmente “de classe” que atribui à instância jurídica. Nesse sentido, utiliza a crítica decisionista de uma forma que acaba se tornando propriamente organicista, já que vincula a sua concepção de decisão judicial ao conceito de política de Schmitt. Isto significa que Kennedy, ao adotar a crítica schmittiana da indeterminação radical da decisão judicial enquanto crítica política das categorias jurídicas liberais, simplesmente inverte o clássico argumento realista do contratualismo moderno: “[O] antinomianismo ensina que qualquer que seja a ordem na qual consintamos em fazer escolhas sobre-determinadas com largos riscos, colocamo-nos à mercê de ditadores schmittianos, *na sombra da guerra de todos contra todos*” (KENNEDY, 2001:1187 (grifo nosso)). Assim, a mensagem que deve ecoar é que, ao aderir politicamente à aplicação liberal das normas jurídicas, tornamo-nos reféns de uma espécie de ditadura do Judiciário que, ao utilizar-se do discurso dos direitos e do direito liberal como um todo, autoriza e reproduz a opressão generalizada e a sobreposição econômica, política e social entre classes em disputa.

Este argumento objetiva reproduzir-se tão-somente pela ameaça que nele subjaz, revelando-se mais uma vez como *Realismo de Guerra*, já que encontra-se profundamente vinculado com o discurso organicista da instabilidade como *leit motiv* da transformação social, já que o próprio Kennedy sustenta que “[o] organicismo nos ensina que temos funções dos sistemas normativos além de nosso controle, historicamente e em comparação cultural cruzada, consentindo no que quer que o todo ordene” (KENNEDY, 2001:1187). A crítica transforma-se em ameaça velada, pois, se se reconhece a decisão judicial como ferramenta válida de composição social, instru-

mentaliza-se silenciosamente o germen que alimenta o descontrolo do poder. Assim, o mesmo argumento da desordem e da desestabilização é utilizado tanto para demonstrar a indeterminação inerente ao discurso jurídico e às suas instituições, quanto para estimular aderência a qualquer discurso que seja antiliberal (KENNEDY, 2001:1187). Este paradoxo estimulado pelo raciocínio de Kennedy, ao mesmo tempo em que não deixa alternativas que possam ser democraticamente postas em debate para a resolução da indeterminação, parece estimular a aderência à sua crítica – em que pese esta apontar para outros discursos antiliberais como respostas possíveis à crença liberal – por estimular a sensação de insegurança ao se querer pensar fora dela.

### 3. Considerações finais

O contratualismo moderno propunha, como alternativa à guerra hipotética ou provável, um sistema de ordenação social caracterizado pela possibilidade de controle público de suas razões. Nesse sentido, a importância da crítica de Kennedy à indeterminação do direito é que, através dela, se torna possível um ataque a todo sistema político liberal na medida em que este é chamado a comprovar as suas razões. Tal ataque, entretanto, parece ser tecido a partir de premissas universalistas do mesmo modo que os próprios discursos dos direitos, da solidariedade e da democracia são constituídos. Assim, o conjunto de valores que compõe o discurso liberal é classificado pelo CLS e por Kennedy tanto como projeto inalcançável pelas instituições liberais, como, paradoxalmente, um objetivo político ainda válido e realizável.

Esta constatação tem uma substancial natureza dramática, já que a alternativa política ao ordenamento jurídico não é necessariamente a emancipação do sistema capitalista, com a

conseqüente instauração da democracia substantiva, da igualdade e da distribuição equânime de bens e oportunidades. Este caminho não é historicamente imperativo. E é aí que o exemplo histórico-político de Carl Schmitt é esclarecedor: perceber a crise do direito e das instituições liberais o levou a escolher o caminho da determinação dos fundamentos da decisão através do terror totalitário personalizado no voluntarismo de uma liderança carismática. Se o poder soberano absoluto não é alcançável pela regra do direito, pelo fato de a decisão conseqüente ser de natureza indeterminada, a solução mais simples pode ser recorrer à liderança personalista e evitar as lacunas e antinomias que impedem a decisão, prestando juramento ao Führer: esta acabou sendo a escolha de Schmitt.

A reconstrução que necessariamente deve vir após a deconstrução de Kennedy aponta, pelo menos em uma parte do movimento CLS, para posições ainda próximas do próprio liberalismo (vide Unger). A escolha de Kennedy, entretanto, não adianta nenhum indício de que se possa ter “controle” das conseqüências da negação do direito devido ao fato do mesmo ser um simples instrumento de exploração humana, ou de manutenção e reprodução das desigualdades sociais. Isto ocorre por ter Kennedy uma percepção da política enquanto dinâmica que prescindir de padrões de organização passíveis de publicização ou de legitimação. Como um movimento que emerge do direito público e privado norte-americano dos anos 70 e 80, o CLS “facilita a corrupção das potencialidades normativas do direito contemporâneo, mas não coloca virtualmente nada construtivo em seu lugar, exceto um tipo situacional de jurisprudência” (McCORMICK, 2000:1704-1705), o que nem mesmo é totalmente abalizado pela crítica do direito de Kennedy.

Em resumo, a crítica à indeterminação da adjudicação ainda não aponta para um projeto que esteja ao menos livre da sombra das conseqüências da crítica ao liberalismo de

Schmitt, ou da assunção do próprio projeto liberal (CLS) como possibilidade concreta. De um lado, a clara relação entre os argumentos de Kennedy e os de Schmitt recomenda cautela para a sua completa e tranqüila aceitação, pois o futuro, na teoria política que subjaz ao discurso de ambos, é, efetivamente, indeterminado, já que o individualismo que sustenta as instituições liberais passa a ser uma antítese de qualquer possibilidade de ordem social.<sup>14</sup> Por outro, é impossível conciliar a eliminação do direito – por ser, nessa lógica, um discurso exclusivamente justificador da dominação –, com o reconhecimento da capacidade de pacificação social dos valores liberais, já que o liberalismo, sem a regra do direito, tende a se transformar em liberalismo econômico (ou neo-liberalismo), comandado pela *lex mercatoria*, de cujas conseqüências ainda não conseguimos nos libertar.

## Referências Bibliográficas

- CUI, Zhiyuan. Prefácio. In: UNGER, Roberto Mangabeira. *Política: os textos centrais*. São Paulo: Boitempo; Santa Catarina: Argos, 2001. p. 11-22.
- DERRIDA, Jacques. *Fuerza de Ley* – el “fundamento místico de la autoridad”. Madrid: Tecnos, 1997. p. 35-36.
- DEWEY, John. *Reconstrução em filosofia*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1959. p. 154-155.
- JAMES, William. Pragmatismo. In: *James, Dewey, Veblen* – Volume XL. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Coleção os Pensadores).
- KENNEDY, Duncan, KLARE, Karl E. A bibliography of Critical Legal Studies. *The Yale Law Journal*. v. 94, p. 461-490, 1984.
- KENNEDY, Duncan. A semiotics of critique. In: CARDOZO LAW REVIEW. *Critical Legal Studies (début de siècle)*: a

14. Nesse sentido, ver o argumento de Silva (2001:238ss).

- simposium on Duncan Kennedy's a critique of adjudication. New York: Yeshiva University, v. 22, n. 3-4, p. 1147-1189, mar. 2001.
- \_\_\_\_\_. *Libertad y restricción en la decisión judicial: el debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores / Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes / Facultad de Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Javeriana / Instituto Pensar / Ediciones Uniandes, 1999.
- \_\_\_\_\_. *A critique of adjudication: fin de siècle*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1997.
- LLEDÓ, Juan A. Pérez. "Critical Legal Studies" y el comunitarismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Madrid: Universidad de Alicante, n. 17-18. p. 137-164, 1995.
- MCCORMICK, John P. Schmittian positions on law and politics?: CLS and Derrida. In: CARDOZO LAW REVIEW. *Carl Schmitt: legacy and prospects – a international conference in New York City*. New York: Yeshiva University, v. 21, n. 5-6, p. 1693-1722, maio 2000.
- MINOW, Martha. Law turning outward. *Telos*, v. 73, 1986.
- MURA, Gianvittorio. *Carl Schmitt: tra decisionismo e dittatura*. Itália: Edizioni Bucalo – Latina, 1988.
- PAUL, Jeremy. CLS 2001 – introduction. In: CARDOZO LAW REVIEW. *Critical Legal Studies (Début de Siècle): a simposium on Duncan Kennedy's a critique of adjudication*. New York: Yeshiva University, v. 22, n. 3-4, p. 701-720, mar. 2001.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. Notícia Bio Bibliográfica. In: CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo e a evolução do direito*. São Paulo/ Rio de Janeiro/ Recife/ Porto Alegre: Editora Nacional de Direito LTDA., 1956. p. I-XXXIII.
- RODRÍGUEZ, César. Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidade de los jueces – los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial. In: KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial: el debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores / Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes / Facultad de Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Javeriana / Instituto Pensar / Ediciones Uniandes, 1999. p. 17-88.
- SCHEUERMAN, William. *Carl Schmitt – the end of law*. Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1999.
- SCHMITT, Carl. Teología política I – cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía. In: AGUILAR, Héctor Orestes (Prólogo e selección de textos). *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001. p. 19-62.
- \_\_\_\_\_. *O conceito do político*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Madrid: Tecnos, 1996.
- SILVA, Bernardo Medeiros Ferreira da. *O risco do político – a crítica ao liberalismo na obra de Carl Schmitt entre 1919-1933*. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2001.
- SIMON, William H. *A prática da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- TUSHNET, Mark V. *The NAACP's legal strategy against segregated education, 1925-1950*. Chapel Hill, North Carolina: The University of North Carolina Press, 1987.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *Política: os textos centrais*. São Paulo: Boitempo; Santa Catarina: Argos, 2001.
- \_\_\_\_\_. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1983.
- \_\_\_\_\_. *O Direito na sociedade moderna: contribuição à crítica da teoria social*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.
- WHITE, G. Edward. From realism to Critical Legal Studies: a truncated intellectual history (Ninth Annual Roy R. Roy Lecture). *Southwestern Law Journal*, v. 40, p. 819-843, 1986.

- WINTER, Steven L. The next century of legal thought? In: CARDOZO LAW REVIEW. *Critical Legal Studies (début de siècle)*: a symposium on Duncan Kennedy's a critique of adjudication. New York: Yeshiva University, v. 22, n. 3-4, p. 747-772, mar. 2001.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 2 ed. revista e ampliada. São Paulo: Acadêmica, 1995.

## Resumo

*No artigo, a partir de uma análise comparativa entre duas tradições aparentemente distintas (Schmitt X Kennedy), demarca-se inicialmente o significado, os fundamentos histórico-teóricos e os objetivos principais do movimento CLS, com uma atenção especial para a crítica ao formalismo e objetivismo jurídicos derivados da tradição realista. Em segundo lugar, define-se o conceito de indeterminação discursiva do processo de adjudicação e a sua caracterização enquanto sistemática ideológico-política de apoderamento e manutenção de relações socioeconômicas, crítica esta efetuada especificamente por Duncan Kennedy.*

*Ao mesmo tempo, e continuando a exposição do pensamento deste autor, explica-se a sua aproximação com o decisionismo de corte schmittiano como uma estratégia consciente de compreensão da dinâmica das instituições judiciais nos EUA, o que implicará na incorporação do antiliberalismo de Schmitt enquanto instrumento de análise.*

*Por último, são apresentadas considerações sobre a problemática aproximação entre a crítica do direito de Kennedy e a recepção do antiliberalismo como crítica específica do direito e como crítica social lato sensu ao mesmo tempo.*